

HACIA LA CREACIÓN DE UN “SISTEMA TRANSNACIONAL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA” ENTRE ESPAÑA Y MARRUECOS COMPLEMENTARIO A ACTUACIONES EDUCATIVAS Y LABORALES

Gloria Esteban de la Rosa

PTU de Derecho internacional privado
Universidad de Jaén

Elena Lledó Mira

Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía
Granada

Resumen

Actualmente, los estados liberales han demostrado su incapacidad para resolver las situaciones resultantes de la inmigración de menores. Por esta razón, en el marco de un programa de cooperación científica interuniversitario, un grupo de profesores de las Universidades de Jaén (España) y Sidi Mohammed Ben Abdellah (Fez, Marruecos) y otros profesionales de este campo, han desarrollado varias propuestas relacionadas con el propósito de crear un “sistema internacional de protección a la infancia” entre España y Marruecos en torno a dos ejes: atención familiar e inserción socio-laboral, como solución duradera y adecuada que atienda al interés del menor como interés prioritario al que debe supeditarse la gestión de los flujos migratorios.

Palabras clave: menores extranjeros no acompañados, protección internacional, sistemas de protección, intervención educativa y laboral.

Abstract

Nowadays, liberal States have showed their incapacity for solving the situations that have their origin in the immigration of children. For this reason, in the frame of the Interuniversity cooperation and scientific Programme, a team of researchers of Jaén University (Spain) and *Sidi Mohammed Ben Abdellah* University (Fez, Morocco) and also professionals of this field, have developed some propositions related to the familial and work medium of the minors, with the purpose to create a “international system for the protection of children” in Spain and in Morocco. The basic ideas consists on uses international cooperation between authorities of the two countries for granting the best interest of the immigrants children, taking into account that interventions should have a education and professional purposes.

Key words: *unaccompanied foreign minors, international protection, protection systems, educational and labor intervention.*

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha mostrado su interés por la infancia en orden a la tutela de los derechos humanos, como puede apreciarse en la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre “*Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia al servicio de los ciudadanos*” (de 10 de junio de 2009), y que había anunciado previamente en la Comunicación “*Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia*” (de 4 de julio de 2006). En el primero de estos documentos, la Comisión recuerda el principio de la primacía del interés del niño e indica que se prestará atención específica a los niños que se encuentran en situación de particular vulnerabilidad y, en concreto, a los menores no acompañados.

Y todo ello en el marco del nuevo reto que supone situar al ciudadano en el centro del recientemente inaugurado espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que se ha de respetar la diversidad y proteger a los más vulnerables. Cabe decir, de otro lado, que las instituciones comunitarias no cuentan con competencia (expresamente atribuida por los Estados miembros) para la puesta en marcha de iniciativas tendentes a la adecuada tutela de la infancia, pero la Comisión considera que su actuación se justifica tras la adopción de la Carta de los Derechos fundamentales (2000), que supone el reconocimiento de la labor que también ha de desempeñar la UE en la promoción de los derechos humanos y, en concreto, de los derechos humanos de la infancia, de conformidad –en todo caso- con los conocidos criterios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En este actual marco de desarrollo por las instituciones comunitarias de las medidas tendentes a la atención a la infancia se encuentra el recientemente aprobado –por el Consejo Europeo, celebrado en Luxemburgo, los días 3 y 4 de junio 2010- *“Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)”*, en la línea de las directrices marcadas por el Programa de Estocolmo, que recibió favorablemente la iniciativa de la Comisión de la Unión Europea de desarrollar un Plan de acción que combinara medidas de prevención, protección y ayuda al retorno. Como se sabe, dicho Programa fue presentado por la Presidencia española de la UE, el 16 de octubre de 2009, con la finalidad de hacer frente a los nuevos retos que se presentan a la UE en orden al desarrollo de una Europa de los ciudadanos en un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Y también recoge propuestas relacionadas con la situación de los menores nacionales de Estados no miembros de la UE procedentes de terceros países, al representar un grupo particularmente vulnerable que requiere una atención especial y respuestas específicas y, entre ellas, el desarrollo de un Plan de acción, que refuerce y complemente los instrumentos legislativos y financieros existentes y combine medidas dirigidas a la prevención, la protección y la asistencia al retorno. En el citado Programa se pidió expresamente a la Comisión que examinara las medidas prácticas para facilitar el retorno de los menores no acompañados que no requieren protección internacional.

Y, a resultas de esta encomienda, la Comisión elaboró (el referido) un Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014). Y, más recientemente, en el citado Consejo europeo (de Ministros de Justicia y de Interior) de Luxemburgo, se ha aprobado la adopción de este Plan, que tiene como ejes: - el conocimiento del fenómeno; - la prevención de la inmigración irregular y la trata de seres humanos; - la acogida y garantías del procedimiento; - la cooperación con terceros Estados; y – el retorno y la reintegración en los países de origen de estos menores. De dicho Plan destaca la cooperación con los países de origen, incluida la que permita la repatriación de menores e impida ulteriores salidas. Para ello, los Estados miembros podrán disponer de los recursos del Fondo Europeo de Retorno para el período 2008-2013. La idea básica de la Comisión, así como del Consejo, es la necesidad de adoptar un Enfoque común de la UE relacionado con los menores no acompañados, que no son nacionales de la UE y que residen de forma habitual en los Estados miembros. Resalta, de otro lado, el Plan, que dicho enfoque debería basarse también en la solidaridad y la responsabilidad compartida entre los Estados miembros y los países de origen y de tránsito de los menores.

En definitiva, la UE apuesta por la creación de un “sistema transnacional de protección a la infancia” entre los países implicados, de residencia y de origen de los menores, articulado o presidido por la tutela de interés superior del menor, que se concreta en la búsqueda de soluciones duraderas y, en particular, en los aspectos siguientes: - el retorno y la reintegración en el país de origen; - la concesión del estatuto de protección internacional o de otro estatuto jurídico que permita a los menores integrarse adecuadamente en el Estado miembro de residencia; y – el reasentamiento. Y, por último, es interesante destacar la relación que establece la Comunicación de la Comisión entre la migración de los menores no acompañados y la cooperación al desarrollo, idea ésta que si bien ha utilizado la Comisión en alguna ocasión en relación con las personas adultas, cabe destacar que también se realice en relación con los menores de edad, pudiendo considerarse que se trata de una novedad del Plan.

2. PROPUESTAS PARA LA CREACIÓN DE UN “SISTEMA TRANSNACIONAL” DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA

A continuación se exponen algunas propuestas para la creación del referido “sistema transnacional de protección de la infancia”, necesario para dar respuesta a las cuestiones que suscita en el momento actual la situación de los MENAs que se encuentran en el territorio de algún Estado miembro de la UE y, en particular, de España. Y, en especial, este sistema transnacional podría ponerse en marcha con Marruecos, como país tercero del que procede

un número significativo de menores no acompañados en el momento actual. Podría constituir un “modelo”, que permita ser llevado a la práctica por la UE para dar respuesta a la cuestión social que se suscita en el momento actual relacionada con la presencia en el territorio de los Estados miembros de la UE de un significativo número de niños/as y jóvenes procedentes de países terceros, en particular, en su condición de inmigrantes. Además, ha de tomarse en cuenta el carácter autonómico del Estado español y que las CCAA tienen competencia para adoptar las medidas, que tengan proyección o alcance exterior, necesarias para el adecuado desarrollo de las competencias que asumen en el ámbito de la infancia, como se verá *infra*.

Se trataría de un micro-sistema en el interior del general de tutela de la infancia, cuya especificidad se cifraría en la presencia del elemento transnacional, que requiere la especialización de las respuestas y, por ende, contar con sus propios principios rectores. Cabe llamar la atención acerca de la noción de lo “transnacional” (Ruíz, 2005, pp. 104 y ss), pues el principio del interés del menor ha de concretarse en este contexto o marco, en el que no sólo está en presencia el elemento extranjero, sino también la puesta en relación de ambos ordenamientos con los que entra en contacto el menor cuando migra. De otro lado, hay que recordar que la noción de sistema hace referencia a un conjunto coherente de normas, presidido por unos valores o principios, y que implica cierta unidad, que comporta, a la vez, un aspecto positivo de diferenciación con respecto al exterior y un aspecto positivo de identidad (Van de Kerchove y Ost, 1988, p. 46). De ahí que sea preciso contar con principios comunes relacionados con la atención a la infancia, que sean compartidos por los dos países implicados (Marruecos y España). Tales principios permitirían –de otro lado– matizar las divergencias existentes entre ambos ordenamientos con respecto a las medidas que es preciso adoptar para la tutela del interés de los menores

En todo caso, el principio que ha de inspirar el referido sistema transnacional es el “supremo interés del menor” y actúa en su función informadora, interpretativa e integradora. Cabe indicar que se trata de un principio común (compartido) entre ambos ordenamientos (español y marroquí) porque los dos países forman parte del CDN. El referido interés ha de ser concretado para el más pleno reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad (art. 10, párr. 1º CE) de la persona menor de edad, lo que requiere el tratamiento individualizado de cada caso, que sólo puede ser determinado tras conocer las concretas circunstancias de vida de los menores inmigrantes que se encuentran en territorio español o de otro Estado de la UE.

En tercer lugar, la noción de integración social, que –como se sabe– puede ser definida de una pluralidad de maneras, en atención a la concreta disciplina en la que sea utilizada, en el campo del Derecho vuelve a ser un concepto eminentemente funcional y es, sobre todo, una norma de estructura compleja, que permite el reconocimiento de concretos derechos: derecho a la educación compensatoria, derecho a la inserción-laboral, etc. Ahora bien, la integración social ha de ser también una función del sistema transnacional de protección de menores. Como función o como principio orientador (y no tanto como principio jurídico) requiere que la intervención con este colectivo de personas se dirija hacia actuaciones más educativas y laborales y menos asistenciales, de forma que se tratarán de adoptar las medidas que sea preciso para prevenir las situaciones de riesgo de tales menores en el seno de su familia (en su país de origen) y, una vez que pueda comprobarse que no cabe prevenir tales situaciones de riesgo, sería preciso incidir más en intervenciones educativas y laborales, que de mera asistencia o beneficencia.

En este sentido, es necesario conocer el funcionamiento y estructura de las instituciones marroquíes que están implicadas tanto en la protección de menores como en la inserción laboral: Ministerio de Empleo y Formación Profesional, la Agencia Nacional de Promoción del Empleo y el desarrollo de competencias (ANAPEC), la Iniciativa Nacional para el Desarrollo Humano (INDH) y el Ministerio de Infancia, Familia y Solidaridad (MNSFI), las *Unités de protection de l’Enfance* (UPES) entre otros, así como otros actores a nivel local (*wilaya*, municipalidad, etc.).

Y, por último, la cooperación (internacional) también ha de estar presente en relación con la creación de este sistema transnacional y se trata, en concreto, de un instrumento, pues la articulación del referido sistema requiere la actuación conjunta de las autoridades de los países, de residencia y de origen, en orden a la tutela del interés superior del menor. Si bien el ámbito de las relaciones exteriores es de competencia exclusiva del Estado español (art. 149, 1º, 3º CE), el TC ha reconocido en Sentencia, de 26 de mayo de 1994, que las CCAA pueden llevar a cabo actividades que supongan una conexión o relación con entidades públicas exteriores al Estado en el ámbito de su competencia.

A tal fin, existía ya una norma marco que permite la actuación de la CA de Andalucía para promover “*el establecimiento de programas de cooperación y coordinación necesarios con los Estados de origen de los menores (...)*”, anterior al reciente Estatuto de Autonomía (en adelante, EA) para Andalucía, que prevé que “*la Comunidad Autónoma adaptará las medidas necesarias para la ejecución de los tratados y convenios internacionales en lo que afecten a las materias atribuidas a su competencia, según el presente Estatuto*” (art. 240, 4º) (BOJA núm. 68, de 20 de marzo de 2007). De otro lado, cabe recordar también la competencia de las CCAA en el ámbito de la cooperación al desarrollo, que se regula en el caso andaluz en la Ley 14/2003, de 22 de diciembre (BOJA núm. 251, de 31 de diciembre de 2003), así como en el reciente EA (arts. 245-247).

En esta misma línea, también es necesario coordinarse o integrarse en otros programas que se estén desarrollando o se vayan a poner en marcha en la zona de intervención elegida. Así, es preciso conocer los proyectos de las Agencias estatales o regionales de cooperación, de los Fondos Municipales de cooperación o de otras entidades, fundaciones u ONGs locales o internacionales y coordinarse con ellas. Por ejemplo, en el caso de la intervención andaluza en Marruecos, es necesario estar al tanto de la intervención que está realizando el Fondo Andaluz de Municipios para la Solidaridad Internacional (programa de Escuelas Taller), la Fundación Forja XXI (programas de orientación, formación y apoyo al autoempleo), la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional, la Agencia Española de Cooperación Internacional al Desarrollo (programas de fortalecimiento empresarial) y la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo (Programa Catalunya-Magrib), entre otras.

Ahora bien, para tratar y profundizar en estas y otras cuestiones y aportar conocimiento a la articulación de un “sistema transnacional de protección a la infancia” lleva trabajando un equipo constituido por más de 20 profesores y profesoras de diferentes universidades y áreas de conocimiento, así como profesionales del ámbito de la intervención social¹, desde 2008 a través de tres proyectos concedidos por la AECID a la Universidad de Jaén y la Universidad Sidi Mohamed Ben Abdellah de Fez en el marco del Programa de Cooperación interuniversitaria e investigación científica (PCI-Mediterráneo): «Elaboración de un Protocolo de actuación entre las autoridades marroquíes y españolas en materia de protección de menores marroquíes no acompañados», (2008-2009) y «Creación de un “sistema transnacional de protección de menores” entre España y Marruecos (en orden a la prevención de la emigración ilegal y la reinserción social de los menores emigrantes) (I y II), (2010- 2011) », en los que, además de las cuestiones mencionadas anteriormente, se han analizado, entre otras, las siguientes: en primer lugar, los “modelos de protección a la infancia” que se están poniendo en marcha en Marruecos, tras la adopción de la citada INDH así como a resultados del Plan Nacional “*Por un Marruecos digno de sus niños*”; la realización de un estudio comparado de las instituciones de protección de la infancia entre España y Marruecos, de carácter público y privado; las garantías que debería reunir este sistema de protección para velar por el interés superior del menor, etc. Los resultados pormenorizados de estas investigaciones se han mostrado en tres jornadas y en dos publicaciones, una de ellas en prensa a la fecha de redacción de esta publicación.

Pero, volviendo al origen de la cuestión: ¿por qué el actual sistema no da respuesta a la situación de la inmigración de menores entre España y Marruecos?

¹ Profesionales y profesores/as que participan en los proyectos:

- Por la universidad de Jaén: Yolanda M^a de la Fuente Robles, Doctora y Catedrática de Escuela Universitaria de Trabajo social; Eva Sotomayor Morales, Doctora y Profesora contratada de la Escuela de Trabajo social; Gloria Esteban de la Rosa, Doctorado y PTU de Derecho internacional privado; Juan Simón Mulero García, Profesor asociado de Derecho internacional privado; M^a Dolores Casas Planes, Profesora de Derecho Civil; Petronila García López, Profesora de Derecho Civil; Ahmed Bensaad; Doctorando de la Facultad de Derecho; Francisco Vidal Castro, PTU de Estudios Árabes e Islámicos.
- Por la Universidad de Granada: Nieves Ortega Pérez, Pfra. Ayudante de Ciencia Política y de la Administración
- Por la Universidad de Zaragoza: Aurora López Azcona, PTU de Derecho Civil.
- Por la Universidad de Fez: Saidi Saddiki, Profesor Titular de Relaciones internacionales y Ciencias Políticas; Ahmed Moufid, Profesor Titular de Derecho público; Tahar Karkari, Profesor Titular de Derecho privado; Abderrazak Ourkia, Director del Laboratorio de Investigación sobre Relaciones Culturales ibero-marroquíes (Facultad Polidisciplinar de Taza); Rachid Elmarzguioui, Profesor Titular de Derecho público, Mohamed Inhaoui, Profesor de la Facultad de Historia.
- Profesionales externos: Elena Lledó Mira, Técnico de Proyectos, Consejería de Empleo; José Carlos Cabrera Medina, Mediador Intercultural de Ntra. Sra. del Cobre; Andreu Camps; Director del Programa Catalunya-Magrib

3. LIMITACIONES DEL SISTEMA ESPAÑOL PARA DAR RESPUESTA A LAS NECESIDADES DE LOS MENORES INMIGRANTES

Como se sabe, la edad de 18 años marca la diferente situación de protección y promoción de los derechos de los menores, que establece el sistema jurídico español y de cada una de las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), en la medida en que tienen competencia delegada del Estado para la conservación, desarrollo y modificación de la legislación civil (art. 149, 1, 8º de la Constitución Española -en adelante, CE- en relación con el art. 149, 3º CE), y también en el ámbito de la “asistencia social” (art. 148, 1, 20º CE), educativo, etc (Iglesias, 1996, pp. 27 y ss). De otro lado, la normativa española referida a la protección de los menores se aplica en el territorio español con independencia de la nacionalidad de la persona menor de edad, dado que tanto la regulación nacional como las normas promulgadas por las CCAA comprenden expresamente todos los supuestos. Esto es, las CCAA tienen competencia específica para la protección de los menores de edad (incluidos los que no ostentan la nacionalidad española) por el hecho de que se encuentren en sus respectivos territorios, en la medida en que las normas que promulgan las referidas CCAA establecen indicadores espaciales que delimitan su aplicación de conformidad con este criterio.

En tercer extremo, España forma parte de una pluralidad de convenios internacionales, así como forman parte del Derecho español una pluralidad de normas de origen comunitario, que regulan las medidas e instituciones de protección de las personas menores de edad. España es parte del Convenio de los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, CDN), así como de una pluralidad de Declaraciones y Pactos tendentes también al reconocimiento y garantía de los derechos de los niños, con independencia de su nacionalidad. Y, desde la perspectiva del sistema español de Derecho Internacional privado (en adelante, DIPr), tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997 (el 1 de mayo de 1999), se aprobó el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOCE* Serie L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003). De otro lado, ha entrado recientemente en vigor para España el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, sobre competencia internacional, ley aplicable, reconocimiento y cooperación internacional en materia de responsabilidad parental y medidas de protección.

Cabe señalar también que en el ordenamiento español interno ha experimentado una evolución en la comprensión de la protección del menor centrada, en particular, en la transición desde la noción de abandono hasta el actual concepto de desamparo, al situar el legislador el énfasis en la situación de desasistencia de la persona menor de edad (18 años), con independencia de la cobertura jurídico-formal en la que se encuentre (Iglesias, 1996, pp. 25 y ss). Esto es, la nueva noción de desamparo sitúa el centro de atención en la situación de hecho del menor y no tanto en que esté formalmente protegido, pues dicha tutela formal puede fallar, lo que da lugar a que materialmente se encuentre desprotegido. Por tanto, son las circunstancias del menor de edad las que interesan al legislador español tras la reforma por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (*BOE* núm. 275, de 17 de noviembre de 1987), finalidad en la que profundiza la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil, en adelante, LOPJM (*BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996).

No obstante, no todas las situaciones de desprotección social tienen la misma gravedad, sino que la LOPJM distingue entre situación de riesgo (art. 17), que es aquella —de cualquier índole— que perjudica el desarrollo personal o social del menor, sin que se requiera la asunción de la tutela por ministerio de la ley por la Comunidad Autónoma (en adelante, CA); y situación de desamparo (art. 18), que se produce de hecho «a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material» (172.1º del Código civil -en adelante, CC-). Así, la LOPJM emplea la expresión “*situación de desprotección social del menor*” para referirse a todas aquéllas que perjudiquen su desarrollo personal o social (Exposición de Motivos). La Administración competente tiene la obligación de actuar en ambos casos. Ahora bien, si se trata de una situación de riesgo, deberá garantizar los derechos que asisten al menor y tendrá que disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y promover los factores de protección del menor y su familia. No obstante, sólo la situación más grave (el desamparo) dará lugar a la asunción de la tutela administrativa.

Por otro lado, en relación con la CA de Andalucía, el art. 23.1, párrafo segundo de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y atención al menor (*BOJA* núm. 53, de 12 de mayo de 1998), considera situaciones de desamparo, que serán apreciadas en todo caso por la autoridad administrativa competente, las siguientes: el abandono voluntario del menor por parte de su familia; la ausencia de escolarización habitual del menor; la existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas; la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza; y la drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores.

También constituyen circunstancias que determinan el desamparo: el trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda; la drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor; la convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad; y la falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor. De otro lado, el art. 9, pár. 3º de la citada ley prevé que los menores que residan en la CA de Andalucía podrán recibir ayudas públicas que faciliten su integración social.

A diferencia de la legislación estatal, la Ley 1/1998 prevé una tercera situación, que denomina “conflicto social” (art. 40, pár. 1º), en la que se encuentran los menores “(...) que por su situación de grave inadaptación pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros”. Cada una de estas tres situaciones —desamparo, riesgo y conflicto social— deben permitir a la Administración autonómica intervenir de distinta forma atendiendo a la gravedad de las circunstancias, de conformidad con el principio de subsidiariedad progresiva. Dicho principio significa que “el alcance e intensidad de la intervención de las Administraciones públicas vendrán condicionados por el grado de desatención o desprotección que sufra el menor en el seno de su familia” (De Palma, 2004-2, p. 357).

Y, en este sentido, la situación de desamparo es la de mayor gravedad en la que puede encontrarse un menor, que requiere el máximo grado de intervención de la Administración, mediante la suspensión automática de la patria potestad de los progenitores y la consiguiente asunción por el Ente público de las funciones inherentes a la citada institución (en particular, representación legal del menor y custodia). Si la desasistencia no puede ser calificada de irreversible, la legislación también prevé otras formas de protección, como es el caso de la “guarda administrativa” (Iglesias, 1996, pp. 91 y ss.). Por tanto, con carácter general, tanto la legislación estatal como las leyes de las distintas CCAA contemplan —al menos— dos situaciones en las que se encuentran los menores que requieren la intervención de la Administración: el desamparo y el riesgo. De otra parte, si la Administración autonómica constata el desamparo, no podrá repatriarse o decidirse el retorno de un menor, sino que deberá ser debidamente protegido, esto es, tutelado. Por este motivo, carece de sentido que sea el propio Ente público asistencial el que inicie el expediente de reagrupación familiar (en origen), en calidad de representante legal del menor cuya tutela ostenta.

Son muy relevantes dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en los que considera que ha tenido lugar una vulneración del art. 24 de la CE en relación con la actuación judicial durante la sustanciación de los recursos presentados contra las decisiones de repatriación de dos menores de nacionalidad marroquí. En concreto, la Sentencia del TC de 22 de diciembre de 2008 (recurso de amparo núm. 3319/2007) considera que ha tenido lugar una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), por falta de motivación —que tiene relevancia constitucional— de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Madrid (Sección octava de la sala de lo contencioso-administrativo), de 28 de febrero de 2007, al faltar la razón por la que no se trataba de uno de los supuestos previstos en el art. 18 de la Ley JCA. Dicha disposición prevé los casos en los que el menor puede intervenir por sí mismo en el procedimiento en defensa de sus derechos e intereses legítimos, sin necesidad de ser asistido por la persona que ejerza la patria potestad.

En este caso, la propia Comisión de Tutela de Menor de la CA de Madrid, que había asumido la tutela administrativa del menor, había promovido el expediente de repatriación ante la Administración General del Estado (Delegación del Gobierno de la CA de Madrid), habiéndose generado un conflicto de intereses entre el menor y el referido

Ente público asistencial. El TC considera que la negativa del TSJ de Madrid a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, por ello, la imposibilidad de que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial -con el argumento de que dicha competencia es exclusiva del orden judicial civil-, han impedido a un menor instar el control judicial de una decisión administrativa (de repatriación), que afectaba de una forma muy directa a su vida y esfera personal, quedando lesionado de esta manera su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE) para defender sus intereses personalísimos. En todo caso, el menor puede representarse a sí mismo porque tiene derecho a ser oído de conformidad con lo que indica el art. 9 de la LOPJM. Y, por ello, el TC declara la nulidad de la resolución impugnada en amparo.

Y es preciso citar también la Sentencia del TC, de 22 de diciembre de 2008 (recurso de amparo núm. 3321/2007), que declara la nulidad de la Sent. del TSJ de Madrid (Sección octava de la sala de lo contencioso-administrativo), de 28 de febrero de 2007, que había considerado que concurría la causa de inadmisión de falta de legitimación activa de la Asociación demandante (Asociación coordinadora de barrios para el seguimiento de menores y jóvenes) y de falta de representación y capacidad procesal del menor de edad. Considera el TC que resulta especialmente rigorista negar la legitimación activa a la referida asociación para ejercitar acciones judiciales en defensa de los intereses del menor marroquí, lo que ha supuesto una vulneración del derecho de la asociación recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción.

Ahora bien, si por el hecho de que el menor llegue solo al territorio español se declara el desamparo, se altera el significado y función de esta decisión (y del sistema español y andaluz de protección de menores) con la finalidad de dar respuesta a la situación que plantea la llegada de menores migrantes (extranjeros). Si bien podría considerarse que se trata de una “declaración provisional” cuando de las pruebas pueda deducirse que concurren las circunstancias que podrían llevar -en su caso- a constatar la situación de desamparo, ha de estar prevista por la concreta normativa reguladora, lo que no es el caso de la Ley andaluza 1/1998. El art. 23, pár. 2º prevé la adopción de las medidas inmediatas de atención que requiera el menor, pero no una declaración provisional de la situación de desamparo. De otra parte, el art. 18, pár. 2º del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, de desarrollo de la citada ley, prevé que la mera pérdida temporal de contacto entre el menor y sus progenitores no debe dar lugar a una declaración de desamparo hasta que no se verifique que, en efecto, tal situación es consecuencia del incumplimiento de las funciones inherentes a la patria potestad de los progenitores del menor (BOJA núm. 20, de 16 de febrero de 2002).

Ha de tomarse en cuenta, además, que el contacto con las familias del menor en origen no se hace con el mismo rigor exigido para el caso de los menores y familias que residen habitualmente en España (art. 23, párs. 2,3 y 4 de la Ley 1/1998). Si bien el desamparo es una situación de hecho, anterior en el tiempo -por tanto- a su declaración, requiere la incoación de un expediente administrativo, en el que deben participar los padres o tutores del menor, que han de ser notificados y han de intervenir de forma directa. Si no es posible esta participación directa, ha de ponerse en su conocimiento el inicio del procedimiento para que realicen todas las alegaciones que estimen convenientes. Una vez que ha sido dictada la resolución que declara el desamparo, también tienen que ser notificadas a los progenitores o tutores de los menores las vías de recurso. Sin embargo, estas fases no tienen lugar cuando se trata de MENAs, sino que se trata de un procedimiento abreviado, en el que, en ocasiones, tienen lugar contactos telefónicos con los familiares de los menores. Por todos estos motivos, la adecuada atención a los niños y jóvenes marroquíes (que no han alcanzado la edad de 18 años) migrantes que llegan al territorio español requiere una intervención gradual de las autoridades administrativas de conformidad con el actual sistema español de protección de menores, sin que proceda, en todo caso, la constitución de una tutela administrativa.

Son ya varias las Instrucciones de la FGE dictadas con la finalidad de orientar la actuación del MF con respecto a los menores de nacionalidad extranjera. De entre ellas cabe destacar las dos siguientes: la Instrucción núm. 3/2003, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concorra la situación de desamparo, que fue pronto sustituida por la Instrucción núm. 6/2004, de 26 de noviembre. Esta segunda dejó sin efecto la primera que- a juicio de la FGE- suscitó dudas e interpretaciones que no resultaban acordes con el principio del interés superior del menor. Sin duda, el aspecto más criticable de la primera fue la imperatividad con la que la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) aplicaba el art. 319 del CC a los menores extranjeros, considerando que todos ellos se encontraban emancipados de hecho al cumplir los 16 años y llevar vida independiente con el consentimiento de sus padres.

Por tanto, tales menores no pueden ser protegidos porque *“las normas estatales o autonómicas (...) no pueden ser aplicadas a los menores de edad emancipados”*. Sin embargo, la aplicación imperativa del art. 319 del CC en tales casos supone preterir el contenido de la *“ley nacional”* de la persona para determinar su capacidad (jurídica y de obrar) tal y como dispone el art. 9, 1º del CC.

De otro lado, la emancipación es una forma de anticipar la mayoría de edad para permitir al menor realizar determinado tipo de actos o negocios jurídicos, pero no afecta a la protección que dispensa a tales menores emancipados el ordenamiento español. Por tanto, la vía seguida por la FGE para evitar que se constituya la tutela administrativa de los MENAs por el Ente público asistencial carecía de fundamento, tratándose más de una respuesta precipitada ante una situación que describe la propia Instrucción de *“desbordamiento del sistema español de protección de menores frente a un colectivo humano que, en la mayoría de los casos, rechaza sistemáticamente la escolarización y las atenciones que se le ofrecen en los centros públicos”*.

No obstante, el sistema español y andaluz de protección de menores puede atender a las necesidades que presentan los MENAs (menores emigrantes no acompañados) de una forma que no requiere la declaración del desamparo (al menos, inicialmente), sino que puede considerarse que estas personas se encuentran en situación de riesgo. Las Corporaciones locales son competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo, de conformidad con el art. 18 de la citada Ley 1/1998. Una vez declarada la situación de riesgo, han de comunicar esta resolución a la CA para que constituya la medida de la guarda administrativa (art. 53 del Decreto 42/2002). De otro lado, los Ayuntamientos no sólo actúan para la detección de las situaciones de riesgo o de desamparo de los menores, sino también a través de la constitución de las medidas de protección que correspondan en el primero de los casos.

No obstante, cuando la competencia esté atribuida a los Ayuntamientos en el ámbito de la protección de los menores y, más concretamente, para declarar la situación de riesgo, si ésta no mejora, tendrán la obligación de notificar o de poner en conocimiento esta situación a la CA correspondiente para que, en su caso, declare la situación de desamparo (De Palma, 2004, p. 50). Por tanto, la protección que se dispense a los MENAs que llegan a la CA de Andalucía podría partir de esta calificación (conflicto social o riesgo), al menos, durante el tiempo en el que se decide por parte del Gobierno central su permanencia en España o su repatriación. La actuación de la Administración consistirá, bien en elaborar y poner en marcha un proyecto de intervención social individual y temporalizado que, en todo caso, deberá recoger las actuaciones y recursos necesarios para la eliminación de la situación de riesgo (art. 22, 2º de la Ley 1/1998); bien en *“(...) el desarrollo de acciones preventivas, así como la integración social de estos menores a través de un tratamiento educativo individualizado y preferentemente en su entorno sociocomunitario”* (art. 40, pár. 2º). Hasta este momento, el menor podrá estar bajo la guarda de la Administración (en acogimiento residencial, familiar o mixto), no se suspenderá la patria potestad de los progenitores y se podrá investigar con un margen de tiempo superior cuál es la realidad de la situación del menor, que, si reviste un grado de gravedad elevado, llevará a la declaración del desamparo (art. 36, pár. 4º de la Ley 1/1998).

Por último, el art. 92, pár. 5º del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (en adelante, RELOExIS) soluciona la situación de *impasse* que podría tener lugar en detrimento del interés del menor si se prolonga durante demasiado tiempo el procedimiento de identificación y de localización de los familiares del menor. Indica que, si transcurren 9 meses desde que es puesto a disposición de los servicios de protección hasta que es identificado sin que se haya decidido su permanencia en España o su repatriación, se le otorgará una autorización de residencia. La norma no prevé (como no podía ser de otra forma) que, en todo caso, el menor sea declarado en desamparo (dado que tal decisión requerirá la apertura del correspondiente expediente administrativo por la CA competente), sino que se regularizará su situación en España a través de la concesión de una autorización de residencia.

4 CONCLUSIONES

Se justifica, por tanto, la creación de un sistema transnacional de protección de la infancia entre España y Marruecos habida cuenta de que el recurso en exclusiva, bien sea al ordenamiento andaluz (y español), bien sea a las medidas de protección que prevé el Derecho marroquí, es claramente insuficiente, dadas las diferentes

concepciones de la tutela de los derechos de los menores (y de los sistemas sociales) existentes en cada uno de ellos, de un lado. En este sentido, se indica con frecuencia que el sistema andaluz (y español) de protección a la infancia actúa como factor de atracción para la emigración de los menores marroquíes, al carecer el Derecho marroquí de una noción parecida a la de “desamparo”, lo que impide que los casos que pueden ser tratados en el sistema jurídico español acudiendo a la figura de la tutela administrativa sean considerados de igual forma si el menor permanece en Marruecos o regresa a este país.

Y, de otro lado, los déficits demostrados, así como las lagunas existentes en estos dos ordenamientos para dar adecuada respuesta a las necesidades que se presentan en estos casos, pues están implicadas, al menos, dos partes, debiendo tomarse en cuenta que, en todo caso, la pertenencia de España a la UE marca también la forma de abordar esta cuestión social.

Bibliografía

- AAVV (2010). *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las Relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*. Madrid: AEPDIRI.
- COMITÉ DE LAS REGIONES (de la Unión Europea), Dictamen, de 12 de octubre de 2006, sobre el tema “La situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales”, Documentos CONST-IV-005 (www.cor.europa.eu).
- Defensor del Menor de Andalucía (2004). *Informe especial Los menores inmigrantes en Andalucía: La atención en los centros de protección de menores*. Sevilla: Autor.
- De Palma, A. (2004). La protección de los menores por las Administraciones Públicas, *RJC*, 2, 37 y ss.
- De Palma, A. (2006). Los menores inmigrantes no acompañados. En E. Aja, E., Montilla, J.A y Roig, E. (Coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración* (539 yss.). Valencia: Tirant lo Blach, Valencia.
- Esteban, G. (2009). Protección e integración social de los menores inmigrantes extranjeros en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En, Sánchez, S (Ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía* (463 y ss). Barcelona: Atelier.
- Fabrega, C.F. (2009). Tratamiento jurídico e integración de los menores de edad no acompañados. En Sánchez, S. (Ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía* (497 y ss.). Barcelona: Atelier.
- HUMAN RIGHTS WATCH (2008). *Retornos a cualquier precio. España insiste en la repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías*, Recuperado el 15 de junio de 2011, de <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/spain1008spweb.pdf>
- Iglesias, J.I. (1996). *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*. Barcelona: Cedecs Derecho civil.
- Konrad, M y Santonja, V. (2005). *Menores migrantes: de los puntos cardinales a la rosa de los vientos*. Valencia: Ed. Promolibro.
- Lacomba, J. (2004). *Migraciones y desarrollo en Marruecos*. Madrid: Catarata.
- Lahib, A. (2006). *Informe sobre la situación de la infancia en la provincia de Beni-Mellal*. Rabat, Marruecos: Asistencia técnica, Oficina Técnica de cooperación (inédito).
- López, A. (2008). Problemática jurídica de los menores extranjeros no acompañados. *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, 2, 103 y ss.
- Nadif, M. (2009). La migration des mineurs marocaines vers l’Espagne: les causes et les conséquences. En, AAVV, *Estudios e informes sobre la inmigración en la provincia de Jaén 2007-2008 (en relación con los países de procedencia de las personas que migran y, en particular, de Marruecos)* (301 y ss.). Granada: Comares.
- Ramírez, Á y Jiménez, M. (Coords.) (2005). *Las otras migraciones: la emigración de menores marroquíes no acompañados a España*. Madrid: Akal.
- Refass, M. (2004). Cambios demográficos y migraciones en Marruecos. En *Atlas de la inmigración marroquí en España*. Madrid: UAM

- Rodríguez, A. y Hornero, C. (2000). *La protección del menor en Andalucía*. Granada: Comares.
- Ruíz, A. (2005). Espacios migratorios transnacionales: la emergencia de un nuevo contexto para las políticas públicas. En González, L. y Setién, M^a L. (Eds.), *Diversidad migratoria. Distintos protagonistas, diferentes contextos* (95 y ss.). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Saguir, T. (2008). Trayectorias de los menores inmigrantes no acompañados, en particular de nacionalidad marroquí, en la provincia de Jaén. En AAVV, *Estudios e informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén 2005-2006* (13-22). Granada: OPIJ, Comares.
- Senovilla, D. (2007). *Situación y tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Europa*. Bruselas: Observatorio Internacional de Justicia Juvenil.
- Setién, M^a L. y Berganza, I. (2005). Menores extranjeros no acompañados: una movilidad de jóvenes con expectativas de adultos. En González, L. y Setién M^a L. (Eds.), *Diversidad migratoria. Distintos protagonistas, diferentes contextos* (65 yss). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Van de Kerchove y M. y OST, F. (1988). *El sistema jurídico entre orden y desorden*. Madrid: Universidad Complutense.
- Vermeren, P. (2006). *Histoire du Maroc depuis l'indépendence*. París: La Découverte.